A Responsabilidade do Oficial de Estado-Maior por Crimes de Guerra

Tenente-Coronel Michael J. Davidson, Exército dos EUA

"EU SÓ ESTAVA seguindo ordens!" Tal defesa por atos imorais tem adquirido uma qualidade de covardia que elimina qualquer aspecto de obediência. Adestramos os nossos oficiais para se comportarem moralmente no combate e durante outras operações ambíguas mas as considerações podem ser mais complexas para os planejadores do que para os operadores. O autor explica as regras bizantinas para oficiais de estado-maior que talvez nunca acionem um gatilho, apertem um botão ou firam alguém — mas, que de qualquer forma, possam vir a ser culpados de crimes de guerra.

Em 1945, bombardeiros britânicos e americanos devastaram a cidade de Dresden, na Alemanha. Na noite de 13 de fevereiro, a Força Aérea Real lançou 2.646 toneladas de bombas — 44 por cento incendiárias — sobre o coração da cidade. No dia seguinte, bombardeiros da 8ª Força Aérea dos EUA lançaram 771 toneladas de bombas — 38 por cento incendiárias — contra áreas de concentração de material em Dresden.[1] Além de destruir a capacidade industrial militar da cidade e as áreas de concentração de material ferroviário, o ataque aéreo causou baixas civis "excepcionalmente altas" e danos substanciais às áreas residenciais da cidade.[2]

A justificação legal para esses ataques tem sido amplamente discutida; as regras legais afetando o bombardeamento aéreo não foram codificadas até depois da IIGM. Embora alguns tenham sugerido que "o ataque contra Dresden pode ter sido ilegal", outros comentaristas acreditam que Dresden foi "um legitimo alvo militar".[3] Supondo que os aspectos mais controversos dos ataques contra Dresden fossem considerados violações das leis que regem o conflito armado, se ocorressem atualmente, até que ponto seriam responsabilizados os planejadores do estado-maior nesse caso?

Durante a Guerra do Vietnã, soldados da Divisão Americana massacraram centenas de civis sul vietnameses perto do vilarejo de My Lai. O Comandante de Divisão, General-de-Brigada Samuel Koster e o Sub Comandante de Divisão Brigadier General George Young, foram inicialmente acusados, mas as acusações foram canceladas mais tarde e os oficiais punidos administrativamente.[4]

Os comandantes de níveis inferiores foram julgados em corte marcial. O Comandante da Brigada, Coronel Oran Henderson e o Comandante de Companhia, Capitão Ernest Medina, foram absolvidos. O Líder de Pelotão Tenente William Calley foi considerado culpado, mas eventualmente o Secretário do Exército lhe concedeu liberdade condicional. Estes julgamentos, especialmente o de Calley, são eventos relativamente bem conhecidos e serviram de base para livros e artigos sobre a responsabilidade do comando com relação aos crimes de guerra e a disponibilidade de uma defesa da obediência a ordens superiores.

Porém, oculta apenas como referência histórica, naquele capítulo negro da história militar dos EUA, estava a recomendação de indiciar vários oficiais de estado-maior envolvidos na operação. Após a investigação do massacre de My Lai, o Lieutenant-General William R. Peers e sua equipe fizeram recomendações pouco comuns e sem precedentes. A Comissão Peers propôs que a responsabilidade também fosse imputada a certos oficiais do estado-maior da Divisão Americana, incluindo o chefe de estado-maior da divisão, o oficial de operações da brigada, os oficiais de inteligência e de operações da força-tarefa e o capelão de divisão.[5]

Muito tem sido escrito sobre a responsabilidade por crimes de guerra daqueles que os ordenam e cometem, mas pouco tem sido escrito a respeito da responsabilidade daqueles que os facilitam. Os oficiais de estado-maior dos EUA são invejados pelas outras forças armadas. Quando instruídos para "fazer com que aconteça", ultrapassam qualquer obstáculo para que se cumpra a missão. Infelizmente, as mesmas qualidades que tornam os oficiais de estado-maior dos EUA alguns dos melhores do mundo,

criam o potencial para que se perpetuem as ordens ilegais durante a guerra. Como a maioria dos oficiais passa mais tempo em um estado-maior do que como comandantes, discutir a responsabilidade do oficial de estado-maior por crimes de guerra se torna particularmente importante.

Este artigo discute as ações dos Aliados em Dresden e a conduta do soldado americano em My Lai mas não sugere uma analogia entre as duas situações. Cada um é meramente um exemplo histórico usado para discutir a lei do conflito armado como se aplica hoje. Além disso, este artigo não se propõe a abordar a legalidade do ataque em Dresden sob os padrões legais da época.

Nuremberg

Após a IIGM, os vitoriosos Aliados julgaram os criminosos de guerra nazistas principais perante um tribunal militar internacional em Nuremberg, na Alemanha. As cortes de várias nações Aliadas, como a França, a Rússia, a Grã Bretanha e os EUA, julgaram oficiais inferiores. Até 1948, aproximadamente 3.500 alemães haviam sido julgados por crimes de guerra; julgamentos similares de outros 2.800 criminosos de guerra japoneses haviam sido realizados no Oriente.[6]

Os julgamentos de crimes de guerra de Nuremberg e os outros conduzidos por nações individuais em toda a Europa e no Oriente, definiram e formularam a lei internacional relativa aos crimes de guerra. Os precedentes legais estabelecidos em Nuremberg constituem lei internacional e, portanto, fazem parte da lei dos EUA.[7] Consequentemente, os julgamentos dos crimes de guerra definem os padrões de conduta durante a guerra para os militares dos EUA e para os soldados inimigos acusados de crimes de guerra por um tribunal internacional, por um tribunal militar dos EUA, ou por uma corte marcial.[8]

No julgamento do Alto Comando Alemão, 14 oficiais alemães de alta posição foram julgados num tribunal americano por crimes de guerra, conspiração e crimes contra a paz e a humanidade.[9] As acusações abordaram vários crimes de guerra, como a emissão de ordens ilegais, com o propósito de executar comandos Aliados, comissários soviéticos e de punir civis inimigos coletivamente, para dissuadir ataques da resistência. Este caso abordou, especificamente, o tema da responsabilidade do oficial de estado-maior com relação aos crimes de guerra.

Geralmente, para oficiais de estado-maior, o tribunal explicou que "a ofensa criminosa fundamental existe na parte essencial executada por um oficial de estado-maior que torna possível o crime em sua totalidade".[10] O tribunal resumiu o padrão da responsabilidade legal por crimes de guerra assim: um oficial de estado-maior que promove uma idéia ilegal "tornando-a uma ordem militar ele próprio ou por meio de seus subordinados, ou que age pessoalmente para distribuí-la àquelas unidades onde será executada, comete um ato criminoso de acordo com a lei internacional".[11]

O raciocínio para responsabilizar os membros do estado-maior por crimes de guerra foi melhor expressado no caso contra os Ministérios. Esse julgamento processou funcionários civis nazistas, mas a lógica do tribunal se aplica igualmente ao contexto militar: "se os comandantes dos campos de extermínio, que obedeciam cegamente às ordens para assassinar os infelizes detentos e se os que implementavam ou obedeciam às ordens para deportar os judeus para o Leste forem apropriadamente julgados, condenados e punidos — quanto ao que não nos resta dúvida — então aqueles, que no silêncio comparativo e na tranqüilidade de seus departamentos ministeriais apoiavam a campanha, criando os decretos, as regras e diretivas necessárias para a sua execução são igualmente culpados".[12]

No julgamento do Alto Comando, o tribunal americano discutiu a responsabilidade criminosa dos chefes de estado-maior. Como no caso dos outros oficiais de estado-maior, o tribunal requeria evidência de algum tipo de ação bem clara antes de imputar a responsabilidade criminosa. Contudo, observou que os chefes de estado-maior possuíam um potencial maior de culpabilidade por crimes de guerra. A autoridade para emitir ordens em nome do comandante "é um poder que varia grandemente na prática mas que pode permitir suficiente uso de iniciativa e circunspecção para envolver o chefe de estado-maior na execução de ofensas contra as leis e convenções da guerra".[13]

O tribunal absolveu o General alemão Otto Woehler, chefe de estado-maior do 11º Exército, por ordens ilegais das quais tinha conhecimento mas que não passou adiante às unidades subordinadas e por uma ordem ilegal emitida por um oficial de um estado-maior subordinado sobre o qual Woehler não tinha autoridade. Porém, o tribunal determinou haver suficiente conexão com uma ordem ilegal para condenar Woehler quando este assinou a diretiva em nome do comandante.[14] Embora não tivesse conexão direta com a criação ou transmissão de ordens aos esquadrões de morte (Einsatzgruppen), Woehler foi condenado mesmo assim, porque havia designado esquadrões de morte para certas localidades russas, tendo pleno conhecimento do propósito ilícito dos mesmos.[15]

Porém, o tribunal pareceu responsabilizar um chefe de estado-maior criminalmente por ordens emitidas com a sua assinatura somente quando estas fossem normalmente emitidas por um chefe de estado-maior, por conta própria, e não quando estivesse assinando em nome ou em lugar do comandante. Em outras palavras, o tribunal não considerou atos meramente delegados como ações suficientemente claras para impor uma responsabilidade criminosa. Conforme observou o tribunal: "Parece, então, que um chefe de estado-maior pode ser responsabilizado

por crimes de guerra resultantes de suas ordens se estas não forem 'ordens básicas', tais como as que, 'necessariamente, são submetidas a um comandante-em-chefe', mas sim ordens que 'um chefe de estado-maior normalmente emite por conta própria."[16]

O Exército dos EUA usou o caso do Alto Comando para estabelecer o seguinte padrão geral de responsabilidade para chefes de estado-maior e outros oficiais de estado-maior: "Em geral, eles não eram responsabilizados por ordens típicas de comando que fossem emitidas contendo as suas assinaturas, a não ser que fosse comprovado que eles pessoalmente tiveram algo a ver com o início, o preparo, ou a implementação da ordem criminosa. Naturalmente, a sua responsabilidade com respeito à administração das seções de seu próprio estado-maior é a mesma de qualquer outro comandante militar."[17]

Observem a sugestão de que as forças armadas dos EUA sujeitarão os líderes de estados-maiores ou os chefes de seções ao mesmo padrão de responsabilidade ao qual são sujeitos os comandos mais altos. Os líderes de estados-maiores seriam criminalmente responsáveis por uma violação das leis de guerra cometida pelos seus setores se tivessem dado a ordem para o ato ilegal ou se tivessem — ou deveriam ter — conhecimento da atividade ilegal e falharam em "tomar as medidas razoáveis e necessárias para assegurar o cumprimento da lei da guerra ou para punir quem a violou".[18]

O Código Uniforme da Justiça Militar

O pessoal militar dos EUA que comete crimes de guerra é julgado sob o Código Uniforme da Justiça Militar (Uniform Code of Military Justice — UCMJ). Para oficiais de estado-maior que facilitem a atividade criminosa, estão disponíveis um número de cláusulas punitivas no UCMJ, que formam a base para uma corte marcial. Porém, as teorias aplicáveis para julgar um oficial de estado-maior por crimes de guerra podem ser agrupadas em duas categorias gerais: ter facilitado o cometimento de um crime de guerra e deixar de expor um crime, ocultando o mesmo ou deixando de reportá-lo.

Facilitando o crime de guerra. Embora oficiais de estado-maior possam não ter dado a ordem relativa à conduta ilegal, podem ser julgados por terem apoiado e participado da sua execução. A lei considera tão culpado quem apoia ativamente um crime como quem o comete ou dá a ordem para que seja cometido. Uma condenação pelo crime de "apoiar e participar" (aiding and abetting), Artigo 77 do UCMJ, requer que o acusado tenha "participado do propósito ou do plano criminoso" e tenha "apoiado, encorajado, aconselhado, instigado, comandado ou procurado outra pessoa para cometer, apoiar, encorajar, aconselhar ou comandar terceiro(s) na execução da ofensa".[19] A exigência de que o acusado participe no propósito criminoso da ordem ilegal serve para excluir de responsabilidade criminosa a conduta daqueles que, inconscientemente, facilitam o crime.[20]

Não basta que um oficial tivesse conhecimento de que outros membros do estado-maior preparavam uma diretiva ilegal ou que o acusado estivesse presente em uma reunião de estado-maior na qual a ordem ilegal foi formalizada, por escrito. O acusado deve, para determinação da culpa, ter agido claramente de forma a facilitar a ação ilegal.[21] A única exceção à exigência da ação é quando a inação de um soldado, que tem o dever de agir, "tem a intenção de facilitar ou encorajar as ações do ator principal".[22] Tal situação ocorreria caso um comandante mostrasse o desejo de adotar uma linha de ação ilegal, solicitasse objeções dos líderes de seções de estado-maior presentes e não as recebesse, embora a ordem fosse claramente ilegal.

Praticamente toda ação tomada por um oficial de estado-maior para facilitar o crime de guerra, que seja mais que meramente burocrática, satisfaria a exigência da ação positiva. Tais ações incluem a redação da ordem ilegal ou o oferecimento de perícia técnica durante a sua redação, proporcionar a idéia ilegal que crie uma ordem, ativamente supervisionar subordinados trabalhando em atividades do estado-maior ou implementando uma diretiva sabendo que a mesma é ilegal.

Para provar uma conspiração criminosa, o promotor precisa apenas provar que o acusado fazia parte de um acordo para cometer um crime sob o UCMJ e, que, enquanto esse acordo existisse, qualquer um dos conspiradores tenha agido para alcançar o objetivo da conspiração. A ação que promove a conspiração não precisa ser, necessariamente, em si, ilegal.

Sempre que um grupo está envolvido na execução de um crime, os promotores investigam se a ação coletiva constitui uma conspiração criminosa. O Artigo 81 do UCMJ permite que uma conspiração seja julgada como um crime separado — e em acréscimo — da ofensa em si. O Manual dos EUA para Cortes Marciais (Manual for Courts-Martial United States — MCM) declara, "A conspiração para cometer uma ofensa é uma ofensa àparte e distinta da ofensa que é o objeto da conspiração e tanto a conspiração como a ofensa consumada que foi o seu objeto podem ser julgadas, condenadas e punidas."[23]

Para provar uma conspiração criminosa, o promotor precisa apenas provar que o acusado fazia parte de um acordo para cometer um crime sob o UCMJ e, que, enquanto esse acordo existisse, qualquer um dos conspiradores tenha agido para alcançar o objetivo da

conspiração. A ação que promove a conspiração não precisa ser, necessariamente, em si, ilegal.[24] A conspiração é uma acusação popular entre os promotores nos EUA devido à facilidade proporcionada pela lei para prová-la. A conspiração não precisa ter nenhuma forma específica, o acordo ilegal pode "ser silencioso" ou meramente um "entendimento entre os interessados" e "não precisa ser explícito, mas apenas sugerido, para se determinar a culpa".[25] É necessário um mínimo de dois participantes para se estabelecer uma conspiração e apenas um deles precisa estar sujeito ao UCMJ.[26]

Reportando falhas. Uma das conclusões de Peers após a sua investigação de My Lai foi que houve uma grande falha em reportar crimes de guerra suspeitos e das baixas civis, apesar das numerosas diretrizes e normas gerais de ação (standing operating procedures — SOPs) requerendo tais informes.[27] Pior ainda foi a conclusão de que indivíduos do QG da força-tarefa tomaram medidas para ocultar o massacre, incluindo a falsificação de dados, mudando os locais onde se supunha terem sido mortos os civis.[28] Um oficial de estado-maior envolvido na ocultação de um crime de guerra pode ser julgado como participante após o fato (acessory after the fact), em violação do Artigo 78, por conivência durante uma ofensa séria, em violação do Artigo 134 ou por abandono do dever, em violação do Artigo 92.

As ordens que são obviamente ilegais só podem ser superadas por essa presunção de legalidade. O MCM prescreve que "uma ordem evidentemente ilegal" não desfruta da presunção de legalidade.[44] Para exemplificar tal ordem, o MCM a define como "uma que ordena a execução de um crime".

Um oficial de estado-maior pode ser julgado como participante após o fato se, "sabendo que uma ofensa punível (pelo UCMJ) foi cometida, recebe, ajuda ou apoia o criminoso no sentido de interferir com, ou de outra maneira impedir, a sua prisão, julgamento ou punição".[29] O escopo desta provisão do UCMJ inclui a ação, no sentido de ocultar provas ou para efetuar a fuga ou ocultamento do culpado.[30] Uma condenação requer mais que apenas a falha em reportar o crime; o acusado deve, de fato, fazer algo para ocultar a conduta ilegal ou para ajudar o autor do crime a escapar da punição.[31] Esta exigência pode ser satisfeita simplesmente por aconselhar que sejam ocultadas ou destruídas as provas, fazer-se de desentendido quando questionado ou por dar informação falsa ou enganosa sobre o crime de guerra ao investigador.[32]

Esta regra punitiva aplica-se mesmo quando alguém que não seja militar dos EUA comete o crime de guerra, contanto que a ofensa em si fosse punível sob o UCMJ, caso fosse cometida por militar americano.[33] O pessoal militar dos EUA pode ser julgado, em corte marcial, por obstrução de uma investigação e julgamento de um soldado aliado mesmo que o militar americano não esteja envolvido no crime de guerra e mesmo que as autoridades estrangeiras estejam cuidando de todos os aspectos da justiça militar.

A conivência (misprison) consiste em ocultar o crime. Esta provisão da lei é normalmente usada quando não são aplicáveis as acusações de conspiração ou de apoio e participação.[34] A ofensa abrange não apenas o ocultamento do crime mas também qualquer ação tomada para ocultar a identidade dos responsáveis pelo mesmo.[35] Um soldado não é culpado deste crime meramente por "falhar ou recusar relatar a ofensa séria sem uma clara ação de ocultamento".[36] O ato de falsificar o diário de uma unidade, como ocorreu no QG da Força-Tarefa Barker após o massacre de My Lai, é uma ação positiva de encobrimento. Não é defesa argumentar que o acusado estava protegendo a integridade da unidade ou agindo para o "bem do serviço" ao invés de estar motivado pelo desejo de ajudar os que cometeram o crime.[37]

Mesmo que um soldado não tente ocultar a ofensa ou interferir com a investigação, deixar de reportar um crime de guerra pode, assim mesmo, ser um crime sob o Artigo 92. Se uma ordem geral ou outro regulamento escrito contém uma previsão para que crimes de guerra sejam denunciados, deixar de reportá-los pode ser um crime em si. Se o acusado tem o dever de reportar o crime de guerra em virtude de qualquer "tratado, estatuto, regulamento, ordem legal, norma geral de ação ou costume do serviço", deixar de reportá-lo pode ser considerado um abandono do dever, também uma violação sob o Artigo 92. A Diretiva 5100.77 do Departamento de Defesa (Department of Defense Directive 5100.77) obriga que seja relatada "qualquer possível, suspeita ou suposta violação da lei de guerra" por meio da cadeia de comando do soldado, da polícia militar, do Escritório do Promotor Geral ou do Inspetor Geral.[38] Qualquer comandante que receba informação sobre um possível crime de guerra deve "imediatamente reportar o incidente por meio dos canais de comando a uma autoridade superior".[39] O comandante de nível superior deve determinar que investigadores militares iniciem uma investigação formal e deve também submeter um relatório à cadeia de comando.[40]

A Defesa de Ordens Superiores Aplicada a Oficiais de Estado-Maior

Como a defesa de ordens superiores possivelmente será usada como defesa para qualquer oficial de estado-maior acusado de cometer um crime de guerra, torna-se necessária uma revisão da lei nesse sentido. Praticamente de maneira universal, os códigos legais militares mundiais atribuem uma presunção de legalidade às ordens militares.[41] A lei

Departamento de Defesa

Após ter sido liberado, um prisioneiro russo acusa um guarda nazista por maltratos.

militar dos EUA também possui essa característica. A Corte Criminal de Apelações do Exército (Army Court of Criminal Appeals) declarou recentemente: "Presume-se que uma ordem seja legal. Um soldado desobedece a uma ordem 'sob sua própria responsabilidade e risco'".[42] O MCM contém uma passagem similar: "Pode-se inferir que uma ordem que requer a execução de um dever ou de ato militar seja legal e que será desobedecida sob risco do subordinado".[43]

As ordens que são obviamente ilegais só podem ser superadas por essa presunção de legalidade. O MCM prescreve que "uma ordem evidentemente ilegal" não desfruta da presunção de legalidade.[44] Para exemplificar tal ordem, o MCM a define como "uma que ordena a execução de um crime".[45] Essa definição não é suficientemente clara, já que nem todas as ordens para se cometer um crime são obviamente ilegais. Por exemplo, pedir que se lance fósforo branco sobre civis indefesos com o motivo exclusivo de causar-lhes sofrimento é sem dúvida um ato ilegal por parte do observador avançado, mas a unidade de morteiros ou de artilharia atendendo ao pedido de fogo e seus oficiais e sargentos que dirigem o fogo podem não saber — nem pode-se, razoavelmente, esperar que saibam — que o observador avançado está cometendo um crime.

A Regra para Corte Marcial (Rule for Courts-Marcial — R.C.M.) 916(d) aborda este conceito superficialmente. A regra dita que as ordens superiores são uma defesa, "a não ser que o acusado soubesse que as ordens eram ilegais ou que qualquer pessoa com bom sentido e entendimento normal pudesse perceber que as ordens eram ilegais". O Manual de Campanha do Exército dos EUA (*Field Manual — FM*) 27-10, Lei da Guerra Terrestre (*Law of Land Warfare)*, contém uma definição similar.[46] Em outras palavras, a não ser que os soldados saibam que determinada ordem é ilegal, ou que devessem saber que a mesma é ilegal, podem obedecê-la com segurança. De fato, a R.C.M. 916(d) declara, especificamente, que a não ser que o acusado soubesse, ou devesse ter sabido da

A lei militar de outras nações geralmente presume que uma ordem é legal e usa definições similares para descrever ordens cuja ilegalidade é tão clara que devem ser recusadas. Esse nível de ilegalidade tem sido descrito como "manifesto, absurdo, grotesco, palpável, indisputável, claro e inequívoco, transparente, óbvio, sem sombra de dúvida, ou universalmente conhecido por todos".

ilegalidade da ordem, "um ato executado acatando a uma ordem ilegal é perdoado".[47]

A lei militar de outras nações geralmente presume que uma ordem é legal e usa definições similares para descrever ordens cuja ilegalidade é tão clara que devem ser recusadas. Esse nível de ilegalidade tem sido descrito como "manifesto, absurdo, grotesco, palpável, indisputável, claro e inequívoco, transparente, óbvio, sem sombra de dúvida, ou universalmente conhecido por todos".[48] No caso do Alto Comando, o tribunal tentou deixar claro o conceito, definindo uma ordem obviamente ilegal como sendo uma "em evidente contradição a toda moralidade humana e a toda convenção internacional de guerra".[49] Claramente, o padrão para uma ordem obviamente, ou de outra maneira, ilegal, é alto. Não deve existir dúvida, na mente de qualquer pessoa racional e razoável, quando uma certa ordem é ilegal, mesmo no contexto de um conflito armado.

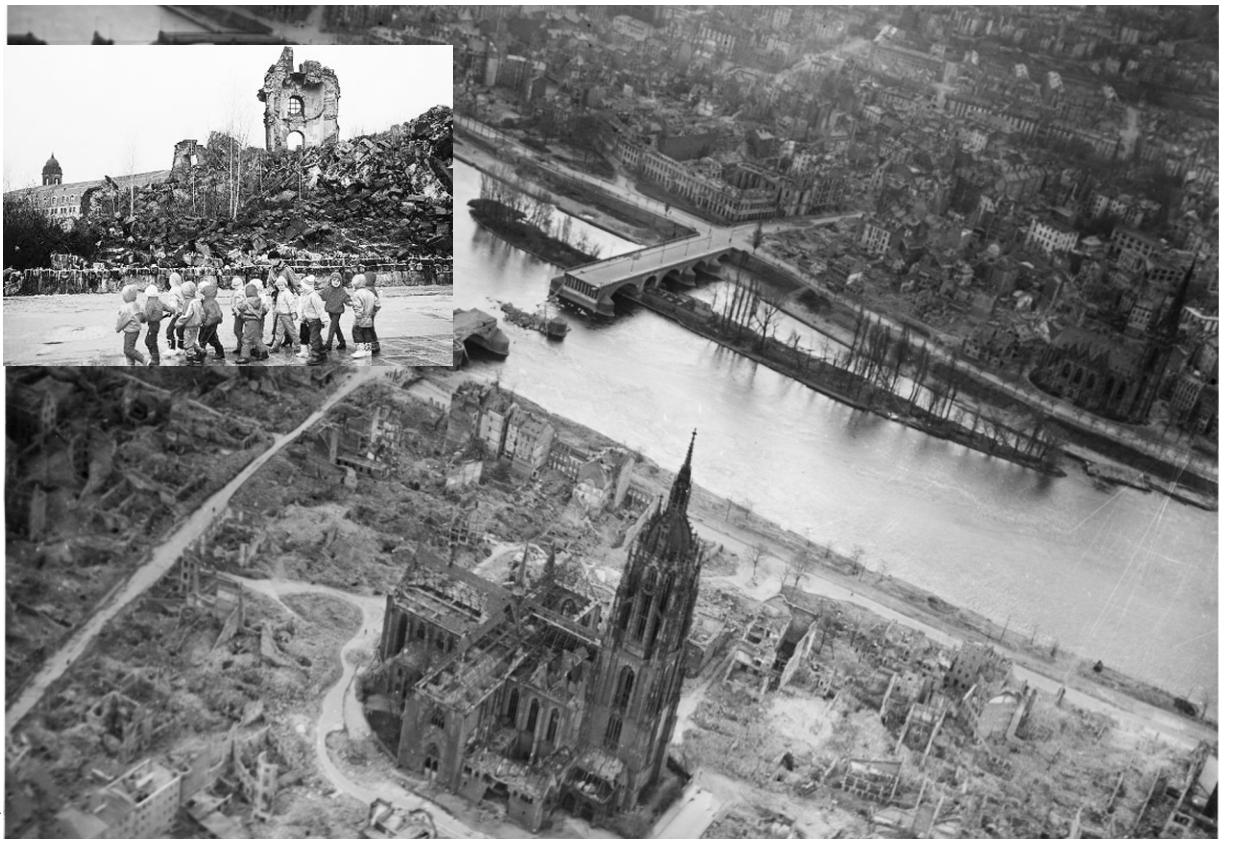
Infelizmente, não existe uma lista de ordens claramente ilegais. Além disso, uma ordem ilegal em um contexto pode ser legal em outro. Alguns atos são tão obviamente errados que não podem ser justificados. Por exemplo, uma ordem para participar num estupro em massa é sem dúvida ilegal.[50] Além de ser uma violação do Artigo 120 do UCMJ, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha declarou o estupro como um crime de guerra. O Departamento de Estado dos EUA e o Tribunal da ONU têm processado crimes de estupro cometidos na antiga Iugoslávia.[51] Uma ordem para não denunciar um provável crime de guerra pelos canais militares apropriados também seria evidentemente ilegal.

Os processos militares oferecem pelo menos dois exemplos de ordens patentemente ilegais em tempo de guerra. Ambos envolveram a morte ilegal de não combatentes. Em United States vs. Calley, um tenente da infantaria dos EUA foi condenado pelo assassinato de "22 bebês, crianças, mulheres e velhos e por um ataque com a intenção de matar uma criança de uns 2 anos de idade".[52] Durante o julgamento, Calley havia tentado justificar as suas ações, sem sucesso, argumentando que estava apenas obedecendo às ordens do comandante de sua companhia.[53] Ao confirmar a condenação de Calley, o Juiz Quinn, escrevendo pela Corte de Apelações Militares dos EUA (US Court of Military Appeals), afirmou que a ordem de "matar bebês e civis desarmados, que se encontravam tão incapazes de resistir ao poder armado de uma força militar como os que foram mortos por Calley, é sem dúvida ilegal. No estresse causado pelo combate, não se pode esperar que um membro das forças armadas faça um julgamento legal preciso nem que seja considerado criminalmente responsável se comete um erro numa situação onde pode haver considerável desacordo. Mas não há desacordo quanto à ilegalidade de uma ordem para matar como neste caso. Durante 100 anos, tem sido uma regra permanente da lei americana que mesmo durante a guerra, a matança sumária de um inimigo submisso e efetivamente sob controle, é assassinato".[54]

No caso United States vs. Griffen, o primeiro sargento Walter Griffen, soldado de infantaria pertencente à 1ª Divisão de Cavalaria, foi condenado pelo assassinato de um detido vietnamita. Obedecendo a uma ordem direta do líder de seu pelotão para executar o detido, por suspeita de ser um membro do Viet Cong, Griffen e outro soldado levaram o detido, de mãos atadas, à beira do rio e deram-lhe vários tiros com fuzis M-16. Durante o julgamento, Griffen declarou sob juramento que ouviu o comandante da companhia dar a ordem ao líder do pelotão para matar o detido vietnamita. O líder do pelotão deu a Griffen uma ordem direta para cumprir a determinação do comandante da companhia. Griffen acreditou que a ordem era legal porque um outro líder de pelotão havia sido destituído quando um detido escapou e porque considerou que este detido representava um perigo para a segurança do seu pelotão. Confirmando a condenação de Griffen por assassinato, a corte de apelações observou que o detido não tinha tentado escapar, estava amarrado, desarmado, sem resistir e não apresentava nenhuma ameaça óbvia nem a Griffen nem à sua unidade. Finalmente, abordando a defesa de ordem superior, a corte determinou que a ordem do líder do pelotão era "sem dúvida ilegal" observando que "é difícil conceber uma situação militar onde uma ordem de um superior pudesse ser mais obviamente equivocada".[55]

Voltando a uma situação como a de Dresden, imaginemos que um moderno estado-maior de aviação planejou uma operação na qual o objetivo era principalmente desmoralizar a população civil mas que no final de contas terminou causando níveis de baixas civis e danos à propriedade desproporcionais à vantagem militar prevista e que certos membros do estado-maior estejam sendo acusados de crimes de guerra.[56] Poderiam os oficiais do estado-maior se defenderem com sucesso usando a defesa de ordens superiores? Se eles sabiam que o bombardeamento aéreo tinha a intenção específica de atacar civis como parte de uma campanha de terror para desmoralizá-los, ordens superiores não deveria ser uma forma de defesa da qual pudessem se aproveitar.

Antes da IIGM, era geralmente aceito que a matança proposital de civis era proibida. Infelizmente, nenhuma convenção internacional abordou, especificamente, o bombardeamento aéreo. Durante a década dos anos 20, uma comissão legal internacional se reuniu em Hague e proclamou que, "O bombardeamento aéreo destinado a aterrorizar a população civil, ou para destruir ou causar danos à propriedade privada sem importância militar, ou para ferir não combatentes, é proibido."[57] O esboço resultante "Regras de Guerra Aérea, de Hague" (Hague Rules of Air Warfare) nunca foi adotado.[58] Tampouco com poderes legais, a Resolução de 1938 da Assembléia da Liga das Nações (1938 Resolution of the League of Nations



Departamento de Defesa

Resultados de um ataque aéreo aliado contra a Alemanha durante a IIGM. (destaque) Crianças alemãs, hoje em dia, visitam os escombros de uma igreja em Dresden, destruída pelos ataques aéreos aliados.

Assembly) procurou proibir o bombardeio intencional de populações civis.[59]

Atualmente, as proibições legais relativas a tais ataques são mais claras. O FM 27-10 nota especificamente que "a lei internacional costumeira proíbe o lançamento de ataques (inclusive o bombardeamento) contra a população civil ou contra indivíduos civis".[60] Além disso, o Protocolo 1 das convenções de Genebra provê que "uma população civil não será objeto de um ataque" e que "atos ou ameaças de violência com o propósito principal de espalhar o terror entre a população civil são proibidos".[61] O Protocolo 1 também proíbe "ataques indiscriminados", os que, por sua própria natureza, atacam objetivos militares e civis sem distinção, incluindo os bombardeamentos que tratem alvos militares separados, dentro da área de uma cidade ou vilarejo, como um único alvo.[62]

Por outro lado, se o estado-maior acreditou que o ataque em Dresden era legal porque atacava a capacidade industrial militar da cidade e as áreas de concentração de material ferroviário, embora tenha sido mais tarde considerado ilegal porque a vantagem militar foi muito desproporcional à mortandade gerada pelo mesmo, então ordens superiores poderiam se tornar uma defesa legítima. A ordem de planejar e executar o ataque talvez não aparentasse ser tão obviamente ilegal ao estado-maior da aviação para que este fosse acusado posteriormente de saber que o ataque em si também era ilegal.

Naturalmente, é ilegal colocar civis contra uma parede e matá-los. Por outro lado, é claramente apropriado — na verdade incentivado — o engajamento de soldados inimigos que estejam atacando a sua posição. Menos clara está a legalidade de atirar contra soldados inimigos que estejam atacando posições amigas, ou tentam infiltrá-las, usando civis como escudos humanos.

Como em qualquer outra área da lei, as situações do mundo real caem, inevitavelmente, na área cinza entre o que é claramente permitido e o que é claramente proibido. No contexto do conflito armado, a definição do que é claramente proibido se turva. A conduta considerada ilegal em tempos de paz ou num contexto civil pode ser permitida durante a guerra. As circunstâncias da conduta determinam a sua legalidade. Os oficiais de estado-maior, assim como

os comandantes subordinados e as suas forças, podem não estar cientes de todos os fatos que levaram à determinação de uma ordem. Esta incerteza fica mais incômoda ainda devido a duas máximas conflitivas da lei militar.

Primeiro, as Forças Armadas ensinam que deve haver uma obediência praticamente cega às ordens militares e impõe as suas regras disciplinares por meio do sistema de justiça militar. Por outro lado, esse mesmo sistema de justiça está pronto para punir os soldados que sigam ordens claramente ilegais, esperando que sejam indivíduos capazes de exercer um raciocínio inteligente e razoável. O tribunal de crimes de guerra dos EUA rejeitou a defesa de ordens superiores e condenou vários membros dos Einsatzgruppen (grupos de ação) nazistas por terem assassinado quase um milhão de civis na Rússia e disse que, "a obediência de um soldado não é a de um robô. Um soldado é um agente que raciocina. Ele não responde, nem se espera que responda, como uma peça de maquinaria".[63] Como explicou um comentarista legal, "esperar que um soldado, em combate, avalie se a ordem do seu superior é correta, sob pena de ser severamente punido caso erre, seria, muitas vezes, injusto. Tal avaliação irá freqüentemente requerer possuir informações além de sua capacidade. Se a lei exige que ele faça um juízo legal independente cada vez que recebe uma ordem, também arrisca incentivar a desobediência a ordens que aparentem ser erradas, do ponto de vista do soldado, mas que são, na verdade, justificadas por maiores circunstâncias operacionais".[64]

Recentemente, a imprensa denunciou um crime de guerra em potencial que envolvia forças dos EUA matando civis durante o conflito coreano. A investigação oficial do incidente na área de No Gun Ri está terminada e os fatos relacionados com essas mortes nos permitem examinar mais a fundo a responsabilidade por crimes de guerra. O incidente também ressalta a razão porque deve-se exigir do governo um padrão bastante elevado antes que se possa punir um soldado, em particular um oficial de estado-maior, por crimes de guerra cometidos em obediência a ordens superiores.

Naturalmente, é ilegal colocar civis contra uma parede e matá-los. Por outro lado, é claramente apropriado — na verdade incentivado — o engajamento de soldados inimigos que estejam atacando a sua posição. Menos clara está a legalidade de atirar contra soldados inimigos que estejam atacando posições amigas, ou tentam infiltrá-las, usando civis como escudos humanos. Claramente, os soldados inimigos estão cometendo crimes de guerra, mas quais são as opções legais para repelir esse tipo de ataque? Além disso, se a situação tática se torna desesperadora — como na Coréia antes dos desembarques em Inchon — e a conduta imprópria do inimigo continua, pode um comandante de alto nível ordenar legalmente que forças amigas engajem os soldados inimigos tentando infiltrar as linhas americanas usando civis para mascarar ou encobrir a sua aproximação? Pode um oficial de estado-maior legalmente executar ou transmitir a ordem?

Para responder a essas perguntas, os advogados ou promotores teriam que fazer uma ginástica mental sobre os caminhos alternativos de ação — manter ou recuar, engajar com franco-atiradores ao invés de com fuzis automáticos ou empregar gás lacrimogêneo. Pesariam as várias opções contra os princípios gerais da lei da guerra relativos à proporcionalidade, à necessidade militar e ao sofrimento desnecessário. Poderiam consultar o FM 27-10 e possivelmente as convenções de Genebra e de Hague e eventualmente, chegar a uma conclusão legal. Porém, os oficiais da linha de frente e seus estados-maiores de apoio raramente tem esse nível de adestramento legal ou os recursos legais adequados. Nem sempre terão acesso a um advogado militar e não se pode esperar que se ocupem com complicados cálculos legais. Além disso, enquanto se opera sob as condições freqüentemente associadas com operações contínuas de combate — fadiga, medo, confusão e acesso limitado aos fatos — determinar quando uma ordem é possivelmente ilegal pode ser difícil. De fato, até os promotores experientes nem sempre concordam com todos os aspectos legais envolvendo crimes de guerra, mesmo diante de fatos idênticos.

As Forças Armadas americanas tem um dos corpos de oficiais de estado-maior mais agressivos do mundo. Eles treinam para superar obstáculos. Os comandantes querem ver uma atitude positiva e a incentivam por meio da concorrência, das avaliações, dos prêmios e das promoções.

Infelizmente, o sistema também contém um número de falhas. A intenção verbal do comandante pode sofrer uma metamorfose radical antes de chegar à unidade executora. Existem certos controles para corrigir erros na interpretação da intenção do comandante por parte do chefe do estado-maior, ou de membros do mesmo, que possam gerar uma ação de estado-maior com base no que acreditam ter sido a ordem do comandante.

Além disso, o sistema de estado-maior provê pouco incentivo para que os oficiais de estado-maior questionem a legalidade de uma ordem de seus comandantes ou de líderes de seção do estado-maior. É preciso muita coragem para questionar uma ação do estado-maior, particularmente onde possa existir uma explicação ou justificação plausível para uma ordem legalmente questionável. Os oficiais de estado-maior raramente conhecem todos os fatos relevantes e, com a exceção dos líderes do estado-maior, podem não estar cientes das preocupações, intenções ou justificativas do comandante. Oficiais de estado-maior que têm uma objeção a uma ordem e mais tarde descobrem que estavam errados arriscam-se a perder a confiança de seus colegas e superiores, o que pode até prejudicar o futuro de suas carreiras. Com exceção dos casos mais óbvios de violações das leis de guerra, os

oficiais de estado-maior podem depender da competência e do profissionalismo de seus superiores e presumir que suas ordens estão de conformidade com a lei.

Geralmente, os oficiais de estado-maior não estão sujeitos ao mesmo alto padrão dos comandantes. Com a exceção da necessidade de ter que denunciar um provável crime de guerra, os que estão conscientes de uma conduta ilegal não serão responsabilizados criminalmente sem ter ativamente participado dela. Outrossim, a não ser que uma ordem seja óbvia ou claramente ilegal, os oficiais de estado-maior podem obedecê-la com segurança mesmo que ela, mais tarde, seja considerada ilegal. A lei que governa a responsabilidade do oficial de estado-maior relativo a crimes de guerra reflete, e deve mesmo refletir, o ambiente operacional do mundo real, assim como as limitações práticas dos estados-maiores militares. ***MR***

Referências

1. Richard G. Davis, *Carl A. Spaatz and the Air War in Europe* (Washington, DC: Center for Air Force History, 1993), p. 556.
2. United States Air Force Historical Division, *The Army and Air Forces in World War II*, editores Wesley F. Craven e James L. Cate (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1951), p. 731.
3. Telford Taylor, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy* (New York: Bantam Books, 1970), p. 143; Michael Walzer, "World War II: Why Was This War Different?" em *War and Moral Responsibility* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1974), p. 101.
4. Geoffrey Perret, *Winged Victory: The Army Air Force in World War II* (New York: Random House, 1993), p.369; W.R. Peers, *The My Lai Inquiry* (New York: W.W. Norton & Co, 1979).
5. Peers, pp. 214-15.
6. Horst Boog, "Harris—A German View," em *Sir Arthur Harris, Dispatch on War Operations, 22nd February 1942 to 8th May 1945*, editor S. Cox, (London: F. Cass, 1995), Appendix XXX, xiv.
7. Taylor, pp. 27-28.
8. Manual de Campanha do Exército dos EUA (*US Army Field Manual (FM) 27-10*), *The Law of Land Warfare* (Washington, DC: US Government Printing Office [GPO], julho de 1956), pp.180-81.
9. O Julgamento do Alto Comando Alemão (*The German High Command Trial*), *XII Law Reports of Trials of War Criminals 1* (London: United Nations War Crimes Commission, 1948), caso 72.
10. *Ibid.*, p. 117.
11. Matthew Lippman, *Conundrums of Armed Conflict: Criminal Defenses to Violations of the Humanitarian Law of War*," Dickenson Journal of International Law, vol 15, 1996, pp. 30-31.
12. Sanford Levinson, "Responsibility For Crimes Of War," em *War and Moral Responsibility* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1974), pp. 645-46.
13. *The German High Command Trial*, p. 113.
14. *Ibid.*, pp. 113-14.
15. *Ibid.*, p. 115; Lippman, p. 20.
16. *The German High Command Trial*, p. 115.
17. Panfleto do Departamento do Exército (*Department of the Army Pamphlet*) (DA Pam) 27-161-2, *International Law* (Washington, DC: US GPO, outubro de 1962), p. 244.
18. *Manual for Courts-Martial United States* (*MCM*), Part IV (Washington, DC: GPO, 1998), parágrafo 1(b)(2)(b)(ii).
19. *Ibid.*, parágrafo 1(b)(2)(b)(ii).
20. *Ibid.*, parágrafo 1(b)(3)(b); *US Court of Military Appeals* (C.M.A.) (1956), *United States v. Patterson,* p. 21 *Courts-Martial Reports (C.M.R.),* p. 135 e pp. 137-38.
21. *United States v. Thompson, 50 Military Justice (M.J.)* (1999), pp. 257 e 259.
22. *MCM*, parágrafo 1b(2)(b)(ii).
23. *Ibid.*, parágrafo 5(c)(8).
24. *Ibid.*, parágrafo 5(c)(4)(b).
25. *United States v. Cobb, 45 M.J.* (1996), pp. 82 e 85, omitidas as citações.
26. Peers, pp. 31, 32, 102, 119 e 124.
27. Peers, p. 201.
28. *MCM*, parágrafo 2(a).
29. *MCM*, parágrafo 2(c)(1).
30. *MCM*, parágrafo 2(c)(2); *United States v. Michaels, 3 M.J.*, pp. 846 e 850 (US Appellate Court of Military Review [A.C.M.R.], 1977).
31. *United States v. Davis, 42 M.J.* (1995), pp. 453 e 455.
32. *MCM*, parágrafo 2(c)(4); Michaels, 3 M.J., p. 849.
33. *Ibid.*, parágrafo 95(c)(1).
34. *United States v. Sanchez, 51 M.J.* (1999), p. 165.
35. *MCM*, parágrafo 95(c)(3).
36. *Ibid.*, parágrafo 95(c)(1).
37. Diretiva do Departamento de Defesa (*Department of Defense Directive*) 5100.77, *DOD Law of War Program*, (Washington, DC: GPO, 9 de dezembro de 1998), parágrafo 3.2, 6.1.
38. *Ibid.*, parágrafo 6.2.
39. *Ibid.*, parágrafo 6.3.
40. Mark J. Osiel, "Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War," *California Law Review* (outubro de 1998), pp. 939 e 961.
41. *United States v. New, 50 M.J.*, pp. 729 e 739 (Army Court of Criminal Appeals, 1999), citação omitida.
42. *MCM*, parágrafo 14c(2)(a)(i).
43. *Ibid.*, parágrafo 14c(2)(a)(i).
44. *Ibid.*
45. *FM* 27-10, p. 182.
46. *MCM, Rule for Courts-Martial* 916(d), II-110.
47. Osiel, p. 952.
48. *Ibid.*
49. Roy Gutman, *A Witness To Genocide* (New York: MacMillan Publishing Co, 1993), p. 64; Linda A. Malone, "Forgotten Victims: Responsibility Under Law for Systematic Sexual Violence Toward Women During Warfare," *William & Mary Lawyer* (1995), pp. 12-13.
50. *Ibid.*, p. 14; "Serb Pleads Innocent to Rape Indictment," *Atlanta Journal Constitution*, 29 de agosto de 1998, A11; "Bosnian War Crimes Panel Finds Commander Guilty in Rape Case," *The New York Times*, 11 de dezembro de 1998.
51. 48 *C.M.R.* (1973), pp. 19 e 21.
52. *Ibid.*, p. 25.
53. *Ibid.*, p. 29.
54. 39 *C.M.R.* (1968), pp. 586, 588 e 590.
55. *Ibid.*
56. Pelo menos um dos objetivos do bombardeio aéreo de Dresden foi o de desmoralizar a população civil alemã. Veja CPT Steven P. Gibbs, "The Applicability of the Laws of Land Warfare to US Army Aviation," *Military Law Review* (1976), pp. 25, 51; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars* (New York: Basic Books, 1977), p. 261; Guenter Lewy, *America In Vietnam* (New York: Oxford University Press, 1981), p. 413.
57. Walzer, "World War II: Why Was This War Different?" p. 94.
58. Gibbs, p. 55. Pelo menos um comentarista legal acredita que as regras geralmente refletiam a existente lei internacional costumeira. Outros dizem que a conclusão de Gibbs não tem o apoio da prática do Estado nas Primeira ou Segunda Guerras Mundiais.
59. Tenente-Coronel William J. Fenrick (Exército do Canadá), "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare," *Military Law Review* (1982), pp. 91 e 96.
60. *FM* 27-10, (mudança 1, 1976), p. 4, parágrafo 40.
61. "Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949;" "Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (Protocol I)," reimpresso no *DA Pam* 27-1-1, *Protocols to the Geneva Conventions of August 1949* (Washington, DC: GPO, setembro de 1979), artigo 51(2). Embora os EUA não sejam um Estado partidário do Protocolo Adicional I, consideram esta provisão como legalmente correta.
62. Protocolo I, artigo 51 (4); *Operational Law Handbook* (Falls Church, VA: Judge Advocate General's School, 2000), 5-2; Joel Greenberg, "Civilians, Illegal Targeting Of," *Crimes Of War* (New York: W.W. Norton & Co, 1999), p. 85.
63. Lippman, p. 21.
64. Osiel, p. 968.

*O Tenente-Coronel Michael J. Davidson, é chefe de setor na Divisão de Fraude em Aquisições do Exército dos EUA (*US Army Procurement Fraud Division*), em Arlington, Virgínia. É Bacharel pela* US Military Academy*, Doutor em Direito pelo* College of William and Mary*, e Mestre em Lei pela* Judge Advocate General School *e pela* George Washington University*. É graduado pela ECEME/EUA e serviu em várias funções de estado-maior, incluindo as de chefe no Escritório de Leis de Contratos e Administração(* Contract and Administration Law*), no Escritório do Promotor do Estado-Maior (*Office of the Staff Judge Advocate*) do 3º Exército dos EUA (*Third US Army*), no Forte McPherson, na Geórgia; assistente especial do Promotor dos EUA (*US Attorney*),no Escritório do Promotor dos EUA (*US Attorney's Office*),em Phoenix, no Arizona; advogado de litígio (*litigation attorney*) no Centro de Litígios do Exército dos EUA (*US Army Litigation Center*), em Arlington; e advogado sênior (*senior trial counsel*) no Escritório do Promotor do Estado-Maior (*Office of the Staff Judge Advocate*) do 3º Corpo (*III Corps*), no Forte Hood, Texas.*